

NOTIFICADO 3/9/13

**Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 04 de Madrid**

C/ Gran Vía, 19 - 28013

45036340

NIG: 28.079.00.3-2013/0015111



PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES

A U T O

Procedimiento: DF 283/13

Lugar y fecha: Madrid, 2 de septiembre de 2013.

Magistrado: D. Carlos Gómez Iglesias

Parte recurrente: ASOCIACIÓN DE FACULTATIVOS ESPECIALISTAS DE MADRID, representada por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal y asistida por el letrado D. Juan de la Cruz Ferrer.

Parte recurrida: SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD, representado y defendido por el letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Ministerio Fiscal

Objeto del Juicio: Resoluciones de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 30 de abril, 3 de junio y 28 de junio de 2013, relativas a la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado <<Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios “Infanta Sofía”, “Infanta Leonor”, “Infanta Cristina”, del Henares, del Sureste y del Tajo”>>.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- En el presente recurso, seguido por el cauce especial del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, la parte recurrente solicitó en su escrito de interposición, como medida cautelar, “la suspensión cautelar de los actos administrativos impugnados en atención al carácter manifiestamente irreparable de los perjuicios que podrían producirse y que se traducirían en la pérdida de la efectividad del presente recurso y de la Sentencia que en su día deba recaer” (“suplico” del segundo “otrosí digo”).

II.- Del citado escrito se le dio traslado a la Administración demandada y al Ministerio Fiscal para que pudieran formular las alegaciones que estimaran convenientes en relación con la mencionada solicitud, con el resultado que consta en las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- La ejecutividad de los actos administrativos, como manifestación de la potestad de autotutela de la Administración (art. 56 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), admite excepciones cuando resultan impugnados tanto en vía administrativa (art. 111 de la misma Ley), como jurisdiccional.

Para esta última, el artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), permite a los interesados solicitar “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia” (la suspensión del acto, en la gran mayoría de los casos), lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de establecer que las medidas cautelares *“están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el transcurso del tiempo ponga en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación del proceso”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 17-07-2008, entre otras muchas).

Para ello el art. 130 de la propia LRJCA establece, como presupuesto esencial para la adopción de la medida cautelar, que “la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso” (apdo. 1), lo que pasa por el rechazo de situaciones irreversibles que impidan o dificulten el que la sentencia dictada en el proceso principal pueda ser cumplida y que sus pronunciamientos tengan verdaderamente un efecto útil (en este mismo sentido se pronuncia la Sentencia nº 218/1994 del Tribunal Constitucional), añadiendo, como presupuesto complementario del anterior, la posibilidad de denegar la medida “cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada” (apdo. 2), aspecto, este último, referido a la valoración de los intereses en conflicto, que ha sido concebido por la jurisprudencia en el sentido de establecer que debe tener por objeto determinar *“la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 15-09-2003), valorando las concretas circunstancias que concurren en cada caso y los intereses –públicos y privados- presentes, de forma que *“cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquéllas exigencias sean de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto”* (Auto, también del Tribunal Supremo, de 03-06-1997).

II.- En el presente caso se impugnan determinados actos emitidos en el seno de lo que se ha venido a denominar por la mayoría de los medios de comunicación “proceso privatizador de la Sanidad madrileña”. Se trata, en definitiva, de la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado formalmente “Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada”, correspondiente a seis hospitales universitarios de la Comunidad de Madrid.

Para fundamentar su petición de medidas cautelares se alega por la Asociación recurrente, en síntesis, “la imposibilidad de revertir el cambio de modelo”, para lo que argumenta que el proceso afectará a seis hospitales de la red pública de la Comunidad de Madrid (con un total de 1.149 camas de un total de 15.459 camas en dicho ámbito territorial), cuatro Centros de Especialidades, 92 municipios (de un total de 179), 2 distritos de la ciudad de Madrid, 1.151.588 personas (el 18,02% de la población con derecho a la asistencia sanitaria) y 5.128 profesionales (sanitarios y no sanitarios), suponiendo, además, “transacciones económicas cuantiosísimas” (con un precio total de la licitación de 4.679.820.419,29 euros), así como la subrogación de los concesionarios en 392 contratos de suministros y servicios vigentes, por un importe total aproximado de casi 44 millones de euros (magnitudes y datos numéricos, por cierto, no cuestionados de contrario).

III.- Por definición, privatizar es transferir una empresa o una actividad pública al sector privado, lo que inmediatamente provoca el rechazo por parte de quien es contrario a los postulados de la libre empresa y estima que privatizar es sinónimo de dismantelar.

Al margen de posicionamientos ideológicos que, desde luego, no corresponde plasmar en una resolución judicial y sin permitir que aquéllos puedan incidir en el pronunciamiento final que aquí se adopte, habrá que admitir, objetivamente, que si todo proceso privatizador de servicios públicos -no de bienes o empresas públicas- lleva implícito una considerable dosis de irreversibilidad, ésta se incrementa notablemente en supuestos como éste, en los que, por la propia magnitud del servicio, se precisa introducir por los agentes privados, en sus legítimas aspiraciones empresariales, importantes modificaciones y cambios estructurales durante la vigencia de la concesión (diez años, en este caso), que hacen muy difícil, cuando no imposible, la reversión al sistema público anterior.

Tomando “prestadas” las consideraciones realizadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones (favorable a la adopción de la medida cautelar solicitada), por su medida y ponderación, “el cambio de modelo sanitario que se propone es de unas dimensiones cuantitativas tan extraordinarias; afecta a tal cantidad de población (1.151.588 personas, equivalente, señala el actor al 18’02 % de la población de la Comunidad Autónoma de Madrid titular de tarjeta sanitaria) y al régimen jurídico del personal médico encargado directamente de la prestación del servicio como para que las consecuencias que de todo ello se derivan forzosamente puedan llegar a ser irreparables en caso de no suspenderse cautelarmente la eficacia de la actividad administrativa impugnada, sobre todo, además si consideramos que el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite un recurso de inconstitucionalidad formulado contra determinados preceptos de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas relacionadas con el objeto de las presentes actuaciones”.

En efecto, centrando la atención en el aspecto referido al régimen jurídico del personal, al que alude el Fiscal, por su indudable trascendencia en un sector de la actividad tan dependiente de la especialización de su personal, resulta que, según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que debe regir el contrato, al personal estatutario fijo se le da la opción entre permanecer en el hospital objeto de concesión, bajo la dependencia funcional del concesionario y orgánica del Servicio Madrileño de Salud, o bien participar en un proceso de movilidad específico para su reubicación en otro centro público, pudiendo optar, también, por integrarse como personal laboral en la sociedad concesionaria (similares

alternativas se recogen para el personal laboral del convenio colectivo de la Comunidad de Madrid).

En cuanto al personal estatutario interino y eventual (cuya presencia, como es sabido, es muy significativa en este ámbito), se le ofrece la posibilidad de ser contratado por la sociedad concesionaria, siempre que manifieste su intención de incorporarse a la misma (en el plazo de un mes a contar desde la adjudicación), pero nada se dice en el Pliego respecto a qué ocurrirá con este personal en el supuesto de no manifestar esa intención.

Es evidente que la puesta en marcha de este proceso provocará, a buen seguro, un importante fenómeno de dispersión del capital humano afectado por el mismo, cuya recomposición en el futuro resultaría inviable por razones obvias.

IV.- En lo que hace referencia a los perjuicios para el interés general y de terceros, derivados de la adopción de la medida cautelar solicitada, son de estricta naturaleza económica.

Los de terceros, porque éstos serían las sociedades mercantiles interesadas en la adjudicación de la concesión, no pudiendo entrar aquí a valorar qué hipotética ganancia dejarían de obtener por retrasarse, en la mejor de la hipótesis para ellos, el proceso de adjudicación, cuando éste aún ni siquiera ha concluido.

Los referidos al interés general, alegados por la Administración demandada, porque ha sido su letrado el que se ha encargado de insistir, en su escrito de alegaciones, que la finalidad de este proceso privatizador no es otra más que la de recortar el gasto público, para, se dice, garantizar “la sostenibilidad del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid”, ya que parte de la base de que la gestión privada de la asistencia sanitaria reduciría costes.

Al margen de que esta cuestión resulta una incógnita en el momento actual (existen datos sobre países en los que la gestión privada de su sistema sanitario no ha supuesto un ahorro por, entre otros factores, la interposición más operadores) y al margen, también, de que no se entienda bien cómo los responsables de la Administración, encargados de la gestión pública de este servicio esencial, asuman sin más su incompetencia para gestionarlo con mayor eficiencia, lo cierto es que, en un supuesto tan particular como éste, asiste la duda al plantearse si el interés general se concreta en ese ahorro de costes que proclama la Administración o si, por el contrario, el interés general demanda el mantenimiento del sistema que ahora se pretende cambiar.

En cualquier caso, como se dijo al principio de esta resolución judicial, es éste un presupuesto complementario del anterior, cuya concurrencia no determina por sí solo el rechazo de la medida cautelar solicitada, ya que la Ley atribuye al Juez o Tribunal la facultad de ponderarlo “en forma circunstanciada”, previa valoración “de todos los intereses en conflicto” (art. 130 LRJCA), que es, precisamente, lo que aquí se ha realizado.

V.- Se ha alegado, también, por el letrado de la Administración demandada, como fundamento de su oposición, la imposibilidad de suspender la ejecutividad de los actos administrativos impugnados, por tratarse de actos ya ejecutados.

Las resoluciones recurridas son, de momento, la que hace pública la convocatoria para la licitación del contrato (resolución de 30-04-2013), la posterior que la confirma en vía administrativa (resolución de 28-06-2013) y la que introduce determinadas correcciones en la primera (resolución de 03-06-2013). Se dice que “de momento” porque se ha presentado ya por la parte recurrente una solicitud de ampliación del recurso a las posteriores resoluciones, mediante las que se procede a adjudicar los distintos lotes a las sociedades que han resultado adjudicatarias de los mismos, solicitud con la que la Administración demandada presumiblemente estará de acuerdo, puesto que su letrado se ha encargado de aportar a las actuaciones dichas resoluciones (presunción que se apunta simplemente con ese valor, puesto que en su momento tendrá ocasión de pronunciarse sobre tal cuestión).

Con ello lo que se quiere resaltar es que lo que aquí se impugna o se pretende impugnar, es el proceso de privatización en su conjunto, no un acto aislado del mismo.

En cualquier caso, no se trata de actos que agoten su eficacia con su propia ejecución, para los que, producida ésta, resulta imposible su suspensión (como sucede, por ejemplo, con una orden de demolición). De quedar finalmente estimado este recurso, la sentencia que así lo declare contendrá un pronunciamiento de nulidad o anulabilidad de la propia convocatoria del concurso, de forma que la suspensión de su ejecutividad, en el momento actual, debe determinar ineludiblemente la paralización del proceso.

Por último, no procede exigir a la parte recurrente la presentación de caución o garantía para responder de los perjuicios que pudieran derivarse de la adopción de la medida cautelar, caución que el letrado de la Administración ha cifrado en más de 65 millones de euros, cantidad a la que asciende, según argumenta, el ahorro que supone para las arcas autonómicas la gestión privada de sus hospitales durante seis meses.

En primer lugar, porque ya se ha dicho que ese “ahorro”, de momento, es virtual, al estar basado en cálculos hipotéticos, realizados sobre determinados parámetros que pueden no responder luego a la realidad, siendo así que, frente al estudio aportado en tal sentido por la Administración, la recurrente ha aportado otro del que se deduce exactamente lo contrario.

Además, también se ha dicho que en este caso, por su peculiar naturaleza, no se está en disposición de poder asegurar que el interés general, en lugar de estar concretado en ese ahorro, lo esté precisamente en el mantenimiento del modelo actual, con, eso sí, una gestión más eficiente por parte de los responsables públicos, en cuyo caso es evidente que ningún perjuicio podría derivarse de la adopción de la medida, que tuviera que ser garantizado.

Y, en todo caso, si como se ha razonado a lo largo de toda esta resolución, concurren en este asunto los presupuestos legales para que deba ser adoptada la medida cautelar solicitada, carecería de sentido que ésta no se pudiera materializar por la necesidad de constituir una garantía millonaria, imposible materialmente de reunir.

VI.- Los razonamientos expuestos en los apartados precedentes conducen, en definitiva, a la estimación de la solicitud formulada por la parte recurrente y a la adopción de la medida cautelar por ella solicitada, sin que, por otra parte y finalmente, se aprecie en este caso la concurrencia de las especiales circunstancias previstas en el artículo 139.1 de la LRJCA, para efectuar un pronunciamiento de condena sobre las costas causadas en este incidente.

PARTE DISPOSITIVA

1º) Estimar la solicitud formulada por la parte recurrente para la adopción de la medida cautelar solicitada, consistente en la suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados.

2º) Dicha medida se mantendrá hasta que sea dictada sentencia firme que ponga fin al procedimiento o hasta que éste finalice por cualquiera de las otras causas de terminación previstas legalmente.

3º) No se considera necesaria la constitución de caución o garantía para llevar a efecto la medida cautelar acordada.

4º) Comuníquese esta resolución al órgano administrativo autor de los actos impugnados, a los efectos de que disponga el inmediato cumplimiento de lo acordado.

5º) Sin imposición de las costas causadas en este incidente.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales.

Recursos: Recurso de apelación en un sólo efecto, ante este mismo Juzgado y dentro de los quince días siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso (arts. 80.1.a y 85.1 de la LRJCA), acompañando el resguardo de haber consignado como depósito la cantidad de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en la oficina de BANESTO, sita en la C/Gran Vía núm. 30, 28013 Madrid, número de cuenta: 2787.0000.00. e indicando número de procedimiento y año, salvo que quien recurra sea el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos.

Notifíquese la presente resolución a las partes, al Ministerio Fiscal y a los interesados en el procedimiento.